



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

**„Obligatio re contracta
Ein Beitrag zur sogenannten Kategorie der Realverträge im
römischen Recht“**

Dissertation vorgelegt von Adolfo Andrés Wegmann Stockebrand

Erstgutachter: Prof. Dr. Christian Baldus

Zweitgutachter: Prof. Dr. Jan Dirk Harke

Institut für geschichtliche Rechtswissenschaft

ZUSAMMENFASSUNG

OBLIGATIO RE CONTRACTA

Ein Beitrag zur sogenannten Kategorie der Realverträge im römischen Recht¹

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität
Heidelberg

von

Adolfo Andrés Wegmann Stockebrand
Rechtsanwalt aus Santiago de Chile

I. Einleitung²

Gegenstand dieser Untersuchung ist die sog. Kategorie der Realverträge im römischen Recht. Der Begriff Realvertrag (vom lateinischen *re*, wörtlich „durch eine Sache“) gehört zum Allgemeingut der romanistischen Rechtstradition. Es geht um Verträge, bei denen eine Sachübergabe, sei es mit oder ohne Eigentumsübertragung, als logisch-strukturelle Voraussetzung für das Zustandekommen des Schuldverhältnisses gilt und die Hauptverpflichtung des Schuldners in der Rückgabe derselben oder gleichartigen Sachen besteht. Die Sachübergabe wirkt *contrahendi causa*, nicht *solvendi causa*: es geht also um die Begründung des Rechtsverhältnisses, nicht um die Leistungserbringung im Rahmen eines schon bestehenden Vertrages; erst durch die Sachüberlassung kommt der Vertrag zustande und geht der Nehmer die dazugehörige Rückgewährverpflichtung ein. Dies bedeutet, dass aus diesen Tatbeständen kein Anspruch auf die Sachübergabe (etwa auf Geldauszahlung beim Gelddarlehen) für den Nehmer entsteht, denn nur durch sie lässt sich das Schuldverhältnis erst begründen. Ebenso wenig darf der Geber vor der Überlassung die Rückgewähr von dem Nehmer verlangen, weil man nicht zurückgeben kann, was noch nicht in Empfang genommen worden ist. Die Verabredung, künftig eine Sache zu überlassen, kann wohl verbindlich sein, aber sie steht im Bereich der Vorverhandlungen oder bestenfalls des Vorvertrages, nicht des Realvertrages selbst.

Gemeinsame Merkmale der Realverträge sind demnach das Zustandekommen durch Sachübergabe auf der einen Seite und die Konzentration auf die Rückforderung auf der anderen Seite, sei es von denselben Sachen, die von einer Partei übergeben worden sind, sei es von gleichartigen Sachen. Hierin besteht der Kern der dogmatischen Struktur des modernen Realvertrages.

Diese Verträge bilden eine entweder gesetzlich oder dogmatisch aufgebaute Kategorie, deren Elemente in der Regel das Darlehen, die Leihe und die Verwahrung – und in manchen Rechtsordnungen auch das Faustpfand – sind. Die große Ausnahme

¹ Diese Dissertation wird als Monografie in der wissenschaftlichen Schriftenreihe *Ius Romanum* im Mohr Siebeck Verlag (Tübingen) erscheinen.

² § 1 A.

innerhalb der romanistischen Rechtstradition bilden die deutschsprachigen Kodifikationen, nämlich BGB, ABGB und OR, welche in verschiedenem Maße die Figur des Realvertrages beseitigt haben.

II. Die Realobligation im vor- und frühklassischen römischen Recht

Anstoß für die Individualisierung der schuld begründenden Tatbestände war die Einführung des *agere per conductionem* in das Legisaktionenverfahren durch die *leges Silia* und *Calpurnia*. Durch diese Gesetze wurde die formlose *mutui datio* als Entstehungsgrund einer zivilrechtlichen Obligation auf *certum dari* anerkannt. Unter diesen Umständen musste man die Gründe des *certum dare oportere* bestimmen, damit die Klage wirksam erhoben werden konnte. Diese Gründe sind die Darlehensgewährung (*re dare oportere*), die Stipulation (*verbis dare oportere*) und die Litteralobligation (*litteris dare oportere*).³

Sowohl der Jurist *Q. Mucius* als auch der Redner *Cicero* unterscheiden zwischen bestimmten Obligationsentstehungsgründen in diesem beschränkten Bereich, d.h. bei den Klagegründen des *certum dari*. In D. 46,3,80 bezieht sich *Q. Mucius* auf die Arten, auf die die Obligationen auf ein *certum* aufgehoben werden können. In diesem Kontext wird das sog. „Symmetrieprinzip“ zwischen dem schuld begründenden Tatbestand und dem auflösenden in Betracht gezogen.⁴ Der Text *Ciceros* (pro Rosc. com. 4,13; 5,14) hat zum Zweck, die Grundlosigkeit der *actio certae creditae pecunia*, die gegen seinen Klienten *Roscus* erhoben wurde, zu beweisen, weswegen nur die Gründe des *certam pecuniam dare oportere* in Betracht kommen.⁵

Was *Labeo* angeht (D. 50,16,19), definiert er den *contractus* als *ultra citroque obligatio*, also als Entstehungsgrund gegenseitiger Verpflichtungen. Für die Annahme einer solchen Ansicht in der sonstigen römischen Jurisprudenz fehlt es an Belegen in den Quellen; trotzdem wurde sie von *Ulpian* kommentiert und durch die Kompilatoren in D. 50,16 eingeführt. Ungewiss ist, inwieweit *Labeo* seine eigene Vertragsdefinition in Anspruch nahm, um Einzelfälle zu entscheiden.⁶

In den angesprochenen Quellen erweist sich, dass die Begründung einer Realobligation (*re contrahere* bei *Q. Mucius*, *pecunia data* bei *Cicero* und *re agere* bei *Labeo*) mit der *mutui datio* identifiziert wird. Die Begründung *re* einer Obligation bedeutet die Übertragung des Eigentums an einer Sache (*datio rei*), nicht die bloße ohne dinglichen Bezug erfolgende Sachhingabe. Schuldverhältnisse, die durch nicht eigentumsverschaffende Sachhingabe kontrahiert werden (Leihe, Verwahrung und Verpfändung), sind nicht für vertragliche Realobligationen zu halten: bei *Q. Mucius* nicht, weil er sich auf das *re* kontrahierte *certum dare oportere* (*re dare oportere*) bezieht und die bloße Sachhingabe kein *dare rem* bedeutet; bei *Cicero* nicht, weil er von den Klagegründen der *actio certae creditae pecuniae* spricht, welcher eine *datio rei* (fiktiv beim *nomen transscripticium*) zugrunde liegt; bei *Labeo* nicht, weil er das *agere* (*verbis* oder *re*) mit den strikt einseitigen Schuldverhältnissen identifiziert (Stipulation und Darlehen), die daher vom Vertragsbereich ausgeschlossen sind. Deswegen beschränkt er das *re agere* (Realobligation) auf die Darlehensgewährung. Schuldverhältnisse, die durch ohne dinglichen Bezug erfolgende Sachüberlassung begründet werden (Leihe, Verwahrung und Pfand), sind nach *Labeo contractus* und

³ § 2 B I.

⁴ § 2 B II.

⁵ § 2 B III.

⁶ § 2 B IV.

gehören demnach zu einer Gruppe von Obligationsentstehungsgründen, die mit der Realobligation inkompatibel sind.

Für die angebliche Kategorie der Realverträge, deren Elemente nach der herrschenden Meinung Darlehen, Leihe, Verwahrung und Pfand sein sollen, finden sich in diesen Quellen überhaupt keine Belege.

III. Die Gliederungen der Obligationsentstehungsgründe in der gaianisch justinianischen Tradition

Die Gliederungen der Obligationsentstehungsgründe (*divisiones obligationum*) der gaianisch-justinianischen Tradition haben mit bleibendem Erfolg auf die romanistische Rechtstradition eingewirkt. Die moderne Vertragsidee, nach der der Vertrag im Wesentlichen in einer Vereinbarung (*conventio*) zwischen den Parteien besteht, beruht grundsätzlich auf der spätesten Stufe dieser Tradition, nämlich auf den Institutionen *Justinians*.

Dies entspricht der in den Institutionen des *Gaius* vorliegenden Vertragsidee nicht: Bei dem *Gaius* der Institutionen bildet der Vertrag einen rechtmäßigen schuld begründenden Tatbestand, der allein dem Delikt (der rechtswidrigen Handlung) gegenübersteht (Gai. 3,88). Tatbestände, denen der Konsens nicht zugrunde liegt, werden als Verträge behandelt, sofern sie rechtmäßig sind. Diese Ansicht wird in mehreren Fragmenten der klassischen Jurisprudenz bestätigt.⁷ Die vertraglichen Obligationen werden in *re*, *verbis*, *litteris* und *consensu contractae* gegliedert (Gai. 3,89).⁸ Sachübereignung, formgebundenes mündliches Leistungsversprechen, Eintragung in das Hausbuch des Gläubigers mit Zustimmung des Schuldners und Konsens sind die konkreten, voneinander unabhängigen Vorgänge, aus denen ein Schuldverhältnis entstehen kann (Entstehungsgründe, *causae obligationis*).⁹

In den *res cottidianae* fügt *Gaius* eine neue residuale Gruppe von Verpflichtungsentstehungsgründen hinzu, die sog. *variae causarum figurae*. Die Absicht des *Gaius* ist es, seine Schuldrechtssystematik an die sich allmählich aufdrängende Idee des Vertrages als ein auf dem Konsens beruhender verpflichtungserzeugender Tatbestand anzupassen. Der Unterschied zwischen den Institutionen und den *res cottidianae* erweist sich in der äußeren Systematik, nicht in dem inneren System: Der Gedankengang des *Gaius* der Institutionen hinsichtlich der Gliederung der Vertragsobligationen ist in den *res cottidianae* noch wahrzunehmen.¹⁰

Eine Gleichstellung zwischen *contractus* und *conventio* wurde erst in justinianischer Zeit erreicht: Fortan sind *re*, *verbis*, *litteris* und *consensu contrahere* bloße Konsensäußerungsarten, Zutaten zum Konsens.¹¹

Trotz der systematischen Unterschiede ist die Struktur der *obligatio re contracta* in den Werken der angesprochenen Tradition gleich gestaltet: Die *obligatio re contracta* wird mit dem Darlehen gleichgesetzt: *re contrahitur obligatio mutui datione*. Auch wenn *commodatum*, *depositum* und *pignus* in den *res cottidianae* nach dem *mutuum* erörtert werden und sie daher auf den ersten Blick als Elemente der gleichen Vertragsgruppe erscheinen (D. 44,7,1,2-6), ist ihr Realvertragscharakter textlich nicht belegt. Dieses Werk bezieht sich hinsichtlich dieser Tatbestände ausschließlich auf den

⁷ § 3 B II.

⁸ § 3 B I.

⁹ § 3 A II.

¹⁰ § 3 C II.

¹¹ § 3 D II.

Empfänger, der „aufgrund einer Sache“ eine Verpflichtung zur Rückgewähr eingeht (*re obligatur/re tenetur*); die spezielle Redeweise *re contrahitur obligatio* kommt diesbezüglich gar nicht in Betracht und bleibt allein dem *mutuum* vorbehalten.

Das Gleiche gilt für die Institutionen *Justinians* (I. 3,14). Allerdings könnte man erst in diesem byzantinischen Anfängerbuch von einer möglichen Erstreckung des *re contrahere* auf die Leihe, die Verwahrung und die Verpfändung sprechen. Das ergibt sich jedenfalls weniger aus dem Text von I. 3,14 als vielmehr aus der byzantinischen Vertragslehre, nach der jeder Vertrag im Wesentlichen eine Vereinbarung ist, sodass das *re contrahere* eine neue weite Bedeutung haben könnte, und zwar als durch Sachhingabe erfolgende Konsensäußerungsart.

IV. Die Realobligation im klassischen römischen Recht

Dare oportere bedeutet den Übergang der überlassenen Sache ins Eigentum des Empfängers. Begründungstatbestand der Realobligation ist die *datio rei*, d.h. die eigentumsverschaffende Sachüberlassung.¹² Die Stellen der Institutionen des *Gaius*, in denen die Realobligation erörtert wird, beziehen sich ausschließlich auf das Darlehen und die Zahlung einer Nichtschuld: Das *mutuum* begründet die vertragliche Realobligation; es ist der einzige Tatbestand, der als *obligatio re contracta* genannt wird (Gai. 3,90). Daher kann man von dem *mutuum* als dem einzigen „Realvertrag“ sprechen.¹³ Die *solutio indebiti* begründet die „außervertragliche“ Realobligation (Gai. 3,91).¹⁴ Aus diesen Tatbeständen entsteht ein auf den einfachen Wert der übereigneten Sachen gerichteter Rückforderungsanspruch, der durch die strengrechtliche *condictio* zu verwirklichen ist. Die Realobligation stellt dann ein einseitiges reines (strengrechtliches) Rückgewährschuldverhältnis dar.

Dieselbe Realobligationsstruktur ergibt sich aus anderen Quellen der klassischen Jurisprudenz: Das *re contrahere* wird immer mit dem *mutuum* gleichgestellt, sei es, dass es in Zusammenspiel mit der Stipulation steht (*mutuum cum stipulatione*) oder nicht. Von einem Realvertragscharakter des *commodatum*, des *depositum* und des *pignus* ist in den klassischen Quellen überhaupt keine Rede. Der Grund dafür liegt darin, dass keine von diesen Vertragsobligationen ein strikt einseitiges und strengrechtliches Rückgewährschuldverhältnis darstellt; sie entsprechen der klassischen Struktur des *re contrahere* nicht.¹⁵

Das klassische römische Recht kannte also nur eine *obligatio re contracta* (modern gesprochen: „Realvertrag“), und zwar das *mutuum*.¹⁶

V. Sonstige Realobligationsentstehungsgründe?

Die Erörterung der Leihe, der Verwahrung und der Verpfändung unmittelbar nach dem Darlehen in den *res cottidianae* bedeutet nicht, dass diese Tatbestände für Realverträge zu halten sind. Obwohl die Materienordnung der *res cottidianae* von derjenigen der *gaianischen* Institutionen abweicht, bleibt die klassische Struktur des Realvertrages unverändert. Daher bleibt der Ausdruck *re contrahitur obligatio* dem Darlehen

¹² § 4 A III.

¹³ § 4 A II2.

¹⁴ § 4 A III.

¹⁵ § 4 A IV2.

¹⁶ § 4 B.

vorbehalten.¹⁷ Weder die Leihe noch die Verwahrung noch das Pfand werden als *obligationes re contractae* angesehen; diese Schuldverhältnisse könnten in einem sehr weiten Sinne als „Verpflichtungen aufgrund einer Sache“ bezeichnet werden, sofern ihre Erfüllung nach einem strengrechtlichen prozessualen Regime zu fordern ist. Für *commodatum*, *depositum* und *pignus* gebraucht man die generellen Redeweisen *re obligatur/re tenetur*, sofern sie durch *actiones in factum* (Tatsachenklagen) geschützt werden, die nach dem Vorbild der *condictio* auf den einfachen Wert der hingegebenen Sachen gerichtet sind (sog. „kondiktionenartige“ Klagen).

Die Realobligation ist eine einseitige strengrechtliche Rückgewährpflicht; die bloße Konzentration auf die Rückgewähr, wie es bei den nach Treu und Glauben konzipierten Klagen wegen Leihe und Verwahrung der Fall ist, reicht nicht hin, damit eine *obligatio re contracta* begründet wird. Bezeichnenderweise handelt es sich bei Leihe, Verwahrung und Pfand um dieselbe Formel (*re obligatur*), die *Gaius* in seinen Institutionen gebraucht hatte, um den Vertragscharakter der Zahlung einer Nichtschuld in Abrede zu stellen und sie von dem Darlehen zu unterscheiden. Da in den *res cottidianae* weder die Leihe noch die Verwahrung noch die Verpfändung als *obligationes re contractae* bezeichnet werden, muss der Grund dafür nicht in der Ausschließung von diesen Tatbeständen aus dem Bereich des *contrahere* liegen (wie es bei der *solutio indebiti* der Fall ist), sondern in ihrer Ausschließung vom Bereich der Realobligationsentstehungsgründe. Anders formuliert: *Commodatum*, *depositum* und *pignus* stellen ein *contrahere* dar, aber nicht ein *re contrahere*.

Leihe, Verwahrung und Pfand sind kein wirklicher Realobligationsentstehungsgrund, sie stehen aber dem Realvertrag nahe, sofern das Rückgewährschuldverhältnis mit einer strengrechtlichen *reddere*-Tatsachenklage geltend zu machen ist. Nur unter diesen Vorbehalten ließen sich diese Schuldbeziehungen als *re obligari* in einem sehr weiten und abgeschwächten Sinne des Wortes bezeichnen.¹⁸

Die Realobligationsdefinition *Modestins* (*re obligamur, cum res ipsa intercedit*), die zwar auf den ersten Blick im Widerspruch zu dem klassischen Recht zu stehen scheint, bestätigt aber die klassische Realvertragslehre im Rahmen der Erläuterung des sog. Geschäfts *re et verbis*: Unter *intercessio rei* und daher unter *re obligari* versteht *Modestinus* ganz konkret die Darlehensgewährung, nicht jedes Schuldverhältnis, bei dessen Begründung eine Sachhingabe vorkommt.¹⁹

Dieselbe Darstellung des *re contrahere* nach den *res cottidianae* zeigt sich in den Institutionen *Justinians*: Nur das Darlehen begründet eine *obligatio re contracta*; in Bezug auf die Leihe, die Verwahrung und die Verpfändung geht es um die Verpflichtung des Schuldners zur Rückgabe, der als *re obligatur* in einem sehr weiten und abgeschwächten Sinne des Begriffes bezeichnet wird. Die Institutionen *Justinians* sind aber der Struktur des klassischen Realvertrages nur formell getreu geblieben. Die Vertragsidee, auf die die byzantinischen Schuljuristen sich berufen, bringt mit sich, dass das *re contrahere* in seiner klassischen Bedeutung ausgehöhlt wird: Da alle Verträge im Wesentlichen eine Vereinbarung sind, stellt das *re contrahere* eine bloße Konsensäußerungsart für den Vertragsabschluss dar, die das Vorliegen einer Sachhingabe kennzeichnet. Unter diesen Umständen darf man wohl vermuten, dass die Byzantiner hochwahrscheinlich nicht nur das Darlehen als Realvertrag angesehen haben, sondern auch die Leihe, die Verwahrung und die Verpfändung. Dies, obwohl die

¹⁷ § 5 A II.

¹⁸ § 5 A VI.

¹⁹ § 5 B.

Grundzüge der klassischen *obligatio re contracta* in dem byzantinischen Anfängerbuch textlich noch wahrzunehmen sind.²⁰

Der klassische Realvertrag war im 6. Jh. n. Chr. sehr wahrscheinlich nur noch ein Phantom. Wenn man den alten Römern die Urheberschaft der Kategorie der Realverträge zuschreiben will, sind die Ursprünge dieses Konstruktes erst hier zu suchen.

Zusammenfassend kann festgehalten werden: Die Klassiker kannten nur eine *obligatio re contracta*, und zwar das *mutuum*. Die Kategorie der Realverträge, so wie wir sie kennen, lässt sich im klassischen römischen Recht nicht finden.

²⁰ § 5 C.

